Inwieweit ist der Verkäufer nach dem BGB. zur Lieferung mangelfreier Ware verpflichtet?

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Leopold Julius
aus Steglitz-Berlin
Referendar am Königl. Amtsgericht zu Cammin in Pommern.

Approbiert am 7. Februar 1907.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1907.

166

Referent: Univ.-Professor Dr. Rieker.

Meinen Eltern

in Liebe und Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

I. Umfang der vom Verkäufer zu vertretenden Mängel

§ 1. Fälle der Haftung 2

§ 2. Maßgebender Zeitpunkt 14

§ 3. Ausschluß der Haftung 16

II. Umfang der dem Käufer zustehenden Rechtsmittel bei Mängeln der Ware.

§ 4. Übersicht der Gewährleistungsansprüche 25

§ 5. Die allgemeinen Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse 29

§ 6. Fortsetzung 34

§ 7. Anfechtung des Kaufvertrages wegen Irrtums oder Betruges 43

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549813_0049

Literaturverzeichnis.

Beer, Arglistiges Verschweigen. In der deutschen Juristenzeitung 1904.

Betzinger, Über das Verhältnis des Irrtums zur Auslegung nach dem BGB. In Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 46.

Crome, Die Gewährleistung wegen Abwesenheit vorausgesetzter Vorzüge der veräußerten Sache nebst einem Anhange über dicta et promissa im Hinblick auf den Entwurf eines BGB. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 78. (zit. Crome, Archiv.)

Crome, Über den Begriff der zugesicherten Eigenschaften der Kaufsache (§ 459 Abs. 2 BGB.) Im Recht 1902. (zit. Crome, Recht.)

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht. Freiburg i. B. 1897. (zit. Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte.)

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Tübingen und Leipzig 1902. (zit. Crome, System.)

Danz, Über das Verhältnis des Irrtums zur Auslegung nach dem BGB. In Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 46.

Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens. Zweite Abteilung: Einzelne Obligationen. 3. Aufl. Halle a. S. 1906.

Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 43.

Ehrlich, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache beim Kaufe nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Inaug.-Diss. Greifswald 1900.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. Bd. 1. Berlin 1903.

Hellbach, Mängel der verkauften Sache. Im Recht 1905.

Kisch, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 44. (zit. Kisch, Krit. VSchr.)

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Jena 1900. (zit. Kisch, Unmöglichkeit.)

Kuhlenbeck, Gewährleistung des Verkäufers wegen Mängel der Sache. In der Juristischen Wochenschrift 1901.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 2. 3. Aufl. Berlin 1904.

Schefold, Verkehrswesentliche und gebrauchserhebliche Eigenschaften einer Sache und der Irrtum des § 119 und der §§ 459 ff. BGB. In den Jahrbüchern der württembergischen Rechtspflege Bd. 17.

Schloßmann, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena 1903.

Schneider, Das Verhältnis zwischen Anfechtung eines Kaufes wegen Irrtums über Sachmängel und zwischen Wandlung. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 97.

Schollmeyer, Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf. In Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 49.

Schöller, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag nach dem BGB. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 46.

Schroeder, Zur Gewährleistung für Sachmängel beim Kauf nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche (§§ 459—480). Berlin 1903.

Stahl, Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Inaug.-Diss. Friedberg 1900.

Stampe, Gesetz und Richtermacht. In der deutschen Juristenzeitung 1905.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6. u. 7. Aufl. Berlin 1900.

Süßheim, Rechtsfolgen arglistigen Stillschweigens bei Kauf, Schenkung und Miete. In Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 66. Jahrg.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.

Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung. Düsseldorf 1850. (zit. Windscheid, Lehre von der Voraussetzung.)

Windscheid, Die Voraussetzung. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 78. (zit. Windscheid, Archiv.)

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts von Windscheid. 9. Aufl., unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts, bearbeitet von Theodor Kipp. Bd. 2. Frankfurt a. M. 1906.

Die Abkürzungen entsprechen den „Vorschlägen des Deutschen Juristentags für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken“ (Berlin 1905.) Guttentagsche Verlagsbuchhandlung.

Einleitung.

Mit Recht enthält das Bürgerliche Gesetzbuch über den Kauf besonders eingehende Bestimmungen, denn gerade dieser Vertrag spielt im praktischen Leben wohl die wichtigste Rolle unter den Rechtsgeschäften. Die §§ 433 ff. BGB. gewinnen aber noch ganz besonders an Bedeutung, weil die §§ 445, 493 die Anwendung eines erheblichen Teiles der Vorschriften über den Kauf auf alle vertragsmäßigen entgeltlichen Veräußerungen und Belastungen von Sachen vorschreiben. Wenn aber das Gesetz auch noch so eingehende Bestimmungen enthält, so wird es doch niemals vermeiden können, daß manche wichtige Frage unklar bleibt, und daß viele Bestimmungen in ihrer Auslegung erheblichen Zweifeln unterliegen. Dies trifft auch auf die Regelung des Kaufvertrages zu.

Die Wichtigkeit dieses Rechtsgeschäfts und die vielen Streitfragen auf diesem Gebiet, zum Teil von weittragender Bedeutung, mögen es daher rechtfertigen, wenn die vorliegende Arbeit die zahlreichen schon vorhandenen Abhandlungen über dasselbe Thema noch um eine vermehrt.

Der ungeheure Umfang des in Betracht kommenden Stoffes macht es natürlich unmöglich, das ganze Gebiet in erschöpfender Weise zu behandeln. Um daher überhaupt ein tieferes Eindringen in diese Materie zu ermöglichen, soll das Handelsgesetzbuch zunächst ganz unberücksichtigt bleiben. Aber

auch vom Bürgerlichen Gesetzbuch sollen die Verträge über Grundstücke ausscheiden, und die Folgen mangelhafter Lieferung nur oberflächlich ohne jegliches Eingehen auf Streitfragen dargestellt werden, zumal die §§ 462 ff. in der Literatur schon hinreichend erörtert sind. Eingehender dagegen soll untersucht werden, ob und inwieweit die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches mit den Gewährleistungsansprüchen konkurrieren, weil gerade jetzt dieses Problem Gegenstand des heftigsten Streites ist und zum großen Teil noch als ungelöst betrachtet werden muß.

Der erste Abschnitt der Arbeit soll zeigen, inwieweit der Verkäufer einer Ware für Mängel derselben einzustehen hat, während im zweiten Abschnitt untersucht werden wird, welche Rechtsmittel dem Käufer zustehen, wenn der Verkäufer einen Mangel der Ware zu gewährleisten hat.

I. Umfang der vom Verkäufer zu vertretenden Mängel.

§ 1.

Fälle der Haftung.

I. Die grundlegende Bestimmung über die Frage, inwieweit der Verkäufer für Mängel einzustehen hat, ist in § 459 enthalten, dessen Abs. 1 Satz 1 uns zunächst beschäftigen soll. Es heißt dort: „Der Verkäufer einer Sache haftet dem Käufer dafür, daß sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern."

1. Das Gesetz gibt nicht, wie bei dem Abschnitt über die Viehmängelhaftung, eine Aufzählung der Fehler, für die der Verkäufer einstehen muß, sondern begnügt sich mit Recht, ein allgemeines Prinzip aufzustellen, und überläßt im übrigen der Verkehrsanschauung, zu entscheiden, ob im Einzelfalle ein den Verkäufer verpflichtender Fehler vorliegt oder nicht.

§ 459 stellt zwei Gruppen von Fehlern auf mit Rücksicht darauf, welchem Zwecke die gekaufte Ware dienen soll und ferner ob sie eine nach der allgemeinen Verkehrsanschauung fehlerlose Ware oder von einer vertraglich erwarteten Güte und Beschaffenheit sein soll.

Da die Ware einmal nach dem allgemeinen Wertmesser unserer Gegenstände, dem Gelde, einen bestimmten Preis hat und dadurch dem Eintausch anderer Güter nutzbar ist, durch ihre Substanz aber auch zur unmittelbaren Befriedigung menschlicher Bedürfnisse dient, so liegt es auf der Hand, daß eine Sache in Hinblick auf den einen Zweck einwandsfrei, im andern Falle dagegen fehlerhaft sein kann. Deshalb hat der Verkäufer nach dem Gesetz für einen Fehler einzustehen, der den „Wert“ oder die „Tauglichkeit“ der Sache beeinträchtigt, womit der Tauschwert bezw. die Brauchbarkeit der Ware gemeint ist.

2. Das Gesetz läßt den Verkäufer haften, wenn der „gewöhnliche“ oder „nach dem Vertrage vorausgesetzte Gebrauch“ beeinträchtigt wird, während das römische Recht den Verkäufer nur dafür Gewähr leisten läßt, daß die Ware die gewöhnliche Beschaffenheit hat, daß also der Käufer von ihr den Gebrauch machen kann, der von einer Ware solcher Gattung regelmäßig gemacht zu werden pflegt. Wenn daher der Verkäufer nicht eine bestimmte Eigenschaft durch dicta

et promissa zugesichert hatte, so hat er nach römischem Recht nur den gewöhnlichen Gebrauch zu verschaffen, wenn auch die Parteien etwa stillschweigend übereingekommen waren, daß der Käufer einen anderen Gebrauch von der Ware machen wollte.

Um diese Lücke auszufüllen, schuf Windscheid[1]) die Lehre von der sogen. Voraussetzung, indem er der Partei, die dem Gegenkontrahenten gegenüber ihre Erwartungen, ohne die sie das Geschäft nicht abgeschlossen hätte, mitteilte, das Recht der Anfechtung mit der condictio sine causa gab, falls sich diese Erwartungen nicht erfüllten. Diese Windscheidsche Lehre ist von der herrschenden gemeinrechtlichen Theorie und Praxis zurückgewiesen, hat aber doch auf die Rechtsentwicklung einen heilsamen Einfluß ausgeübt, indem sie den Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuchs zeigte, auf welchem Wege sie jenem Mangel des römischen Rechts abhelfen konnten. So ist obiger Wortlaut des § 459 BGB. entstanden, und es ist jetzt festzustellen, was das Gesetz unter dem „nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche" versteht.

Es muß von vornherein betont werden, daß es nur Zufall ist, wenn das in § 459 gebrauchte Wort „vorausgesetzt" mit der Bezeichnung der Windscheidschen „Voraussetzungslehre" terminologisch übereinstimmt. Dies darf daher nicht zu der Annahme verleiten, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Windscheidsche Theorie angenommen oder wenigstens auf Grund derselben die Bestimmung geschaffen hat, so daß sie bei der Auslegung als Vorbild zu berücksichtigen ist. Daß der Ausdruck zu solchen Erwägungen Anlaß geben könnte,

---

[1]) Windscheid, Die Lehre von der Voraussetzung S. 1 ff.; Arch. S. 195 ff.

befürchtete anfangs Crome,[1]) er gibt aber heute[2]) zu, daß der Wortlaut des Gesetzes einwandsfrei ist.

Ein „nach dem Vertrage vorausgesetzter Gebrauch" liegt dann vor, wenn sich die Kontrahenten ausdrücklich oder stillschweigend geeinigt haben (arg.: „nach dem Vertrage"), daß der Käufer von der verkauften Ware nicht den herkömmlichen, sondern einen von diesem abweichenden Gebrauch machen will. Es ist also eine zweiseitige Willenserklärung erforderlich; wenn z. B. der Käufer erklärt, er wolle den Wandteller nicht als Zimmerschmuck, sondern zum Essen verwenden, und der Verkäufer sagt, dazu eigne sich der Teller nicht, so braucht der Verkäufer nur für den gewöhnlichen Gebrauch, nämlich als Zierstück, einzustehen, da er durch Worte oder stillschweigende Handlung zu erkennen geben muß, daß er mit dem beabsichtigten Gebrauch einverstanden sei.

Der vertraglich vorausgesetzte Gebrauch wird regelmäßig zur Folge haben, daß die Ware besser sein muß, als wenn sie nur zu dem gewöhnlichen Gebrauch bestimmt wäre; es ist aber auch ebensogut der umgekehrte Fall denkbar und zweifellos dann Absicht des Gesetzes, daß der Verkäufer nur die vertragsmäßige, in diesem Falle geringwertigere, Gebrauchsfähigkeit gewährleisten muß.[3])

3. Wichtig ist, daß das Gesetz die Haftung auch dann eintreten läßt, wenn der Wert oder die Tauglichkeit durch

---

[1]) Crome, Archiv S. 124.

[2]) Crome, Recht S. 334.

[3]) So auch Oertmann a. a. O. zu § 459, 4 b β S 366; ferner Eccius a. a. O. S. 308, der allerdings der Ansicht ist, daß der Wortlaut des Gesetzes anscheinend weiter geht, aber mit Unrecht, denn auch dieser spricht für unsere Ansicht.

den Fehler nur „gemindert“ wird, freilich mit der Beschränkung des Satzes 2, daß eine „unerhebliche Minderung“ unberücksichtigt bleibt.

II. Im § 459 Ab. 2 heißt es: „Der Verkäufer haftet auch dafür, daß die Sache zur Zeit des Überganges der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften hat.“ Diese Bestimmung ist streng von den obigen Erörterungen zu trennen, da sie sowohl in den Voraussetzungen als auch in den Wirkungen [1]) erheblich von ihnen abweicht.

1. Zunächst müssen wir feststellen, was unter „Eigenschaft“ zu verstehen ist, da das Gesetz diesen Begriff nicht definiert. Wir können gewissermaßen als Ergänzung des § 459 folgenden Wortlaut einer Reichsgerichtsentscheidung,[2]) der zweifellos in allen Punkten das Richtige trifft, hinstellen: „Unter den Begriff der Eigenschaften fallen nicht nur die natürlichen, der Sache an sich zukommenden Eigenschaften, sondern auch solche tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse, welche zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache zu üben pflegen.“ In diesem Sinne wird heute der Begriff der „Eigenschaft“ allgemein ausgelegt. Demnach kann nicht nur die körperliche Beschaffenheit der Ware „zugesichert“ werden, sondern auch die wirtschaftliche (z. B. daß die Sache einen bestimmten Ertrag bringt) und sogar rechtlose (z. B. daß eine Sache zu einem bestimmten Betrage gegen Feuersgefahr versichert ist[3]). Aber stets muß das, was zu-

[1]) vgl. § 4 der Arbeit.

[2]) RG. in Zivils. Bd. 52 S. 2.

[3]) RG. in Zivils. Bd. 54 S. 222. Die Entscheidung bezieht sich freilich nur auf unbewegliche Sachen, ist jedoch bei Mobilien entsprechend anwendbar.

gesichert ist, eine unmittelbare Beziehung zur Kaufsache haben, sonst kann von einer „Eigenschaft“ keine Rede sein. So hat das Reichsgericht[1]) entschieden, daß sich der Käufer von Aktien eines Bergwerkunternehmens nicht auf § 459 Abs. 2 stützen könne, wenn das Erz und die Grubenfelder mit Mängeln behaftet seien, obwohl ihm Mängelfreiheit zugesichert sei. Dies ist zweifellos richtig und wird auch allgemein[2]) zugegeben. Denn wollte man auch hier das angepriesene gute Erz als zugesicherte Eigenschaft der Aktien auffassen, so käme man zu einem ganz verschwommenen Begriff, der jenseits jeglichen natürlichen Empfindens liegen würde.

2. Wann eine „Zusicherung“ im Sinne des § 459 Abs. 2 vorliegt, ist sehr streitig.

a) Zweifellos scheiden bloße Anpreisungen des Verkäufers, die ein leichteres Zustandekommen des Kaufes oder dgl. bezwecken, aus, freilich nur dann, wenn sie nicht nur der Verkäufer nicht ernstlich gemeint hatte, sondern auch der Käufer nach der herrschenden Verkehrsauffassung nicht an ihre Ernsthaftigkeit glauben durfte. Es würde dem Reklameschwindel noch mehr Tür und Tor geöffnet werden, wollte man das Gesetz nicht so auffassen, sondern die Ernstlichkeit nur von der Absicht des Verkäufers abhängen lassen. Im übrigen gilt aber heute noch der Grundsatz des römischen Rechts: „Ea autem sola dicta sive promissa admittenda sunt, quae sic dicuntur, ut praestentur, non ut pactentur“.[3])

---

[1]) RG. in Zivils. Bd. 59 S. 241 ff.

[2]) Beispielsweise: Oertmann a. a. O. zu § 459, 5b S. 368.

[3]) Kuhlenbeck a. a. O. S. 112; l. 19 § 3 D. de act. emti et vend. 19, 1.

b) Es muß sich um eine wirkliche Zusicherung, eine Garantieübernahme, handeln, nicht genügt ein bloßes Angeben von Eigenschaften, wie es Crome annimmt.[1]) Es ist dies derselbe Unterschied, wie ihn das römische Recht machte: promissa = Zusicherung, dicta = Angeben von Eigenschaften. Cromes Ansicht, daß „diese Unterscheidung im heutigen praktischen Leben nicht mehr durchführbar ist", ist um so unverständlicher, als er selbst einige Jahre zuvor de lege ferenda diese Unterscheidung auch für das heutige Recht als sehr zweckmäßig empfohlen hatte.[2]) Und sie ist in der Tat nicht bloß zweckmäßig, sondern sogar notwendig, denn es ist durchaus gerechtfertigt, daß den Verkäufer erst dann die strenge Haftung des § 459 Abs. 2 trifft, wenn er die Eigenschaft im Sinne einer Garantieübernahme zugesichert hat, dagegen nicht, wenn er sie nur oberflächlich angegeben hat. Im letzteren Falle greift dann nur die geringere Gewährleistung des § 459 Abs. 1 Platz, wenn nämlich das Fehlen der angegebenen Eigenschaft den Wert oder die Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder mindert. Ist das nicht der Fall, dann haftet der Verkäufer eventuell nach den allgemeinen Vorschriften, insbesondere aus §§ 123, 826 BGB.[3])

c) Nicht so leicht dagegen ist die weitere Frage zu lösen, ob die Garantieübernahme ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, oder ob eine zweiseitige Willenserklärung, ein Vertrag, erforderlich ist. Das Reichsgericht hat in seinen Ent-

---

[1]) Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte S. 288.

[2]) Crome, Archiv S. 141.

[3]) Crome hat meines Wissens die gesamte Literatur gegen sich, sodaß sich ein Zitieren derselben erübrigt.

scheidungen bisher ständig die letztere Ansicht angenommen,[1]) auch viele Schriftsteller stehen auf demselben Standpunkt, so z. B. Eccius[2]) und Planck.[3])

Aus dem Wortlaute des Gesetzes können wir nicht ersehen, ob diese Ansicht richtig ist. § 305 BGB. zwingt uns jedenfalls nicht, ihr zu folgen,[4]) denn es heißt dort: „Soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt." Nun könnte man vielleicht einwenden, daß das Gesetz nirgends ein anderes vorschreibt; dies ist aber unrichtig, da zwar der Wortlaut nichts Gegenteiliges sagt, aber zu untersuchen ist, ob nicht der Geist und Sinn unseres Rechts uns zu der Gegenansicht zwingt, da doch dieser erst aus den toten Buchstaben des Gesetzes lebenskräftiges Recht schafft.

Und wie ich oben[5]) der Ansicht war, daß der Verkäufer nach Recht und Billigkeit nicht für irgend welche Äußerungen, wie für Zusicherungen, haften dürfe, so stehe ich hier andererseits auf dem Standpunkt, daß eine einseitige Zusicherung völlig ausreichend ist,[6]) da sonst der Käufer unbilligerweise schlecht gestellt ist. Denn da nach der Ansicht des Reichsgerichts die übereinstimmende Willenserklärung beider Parteien erforderlich ist, so liegt auf der Hand, daß ein solcher Vertrag aus mancherlei Gründen hinfällig sein kann, z. B. weil ver-

[1]) Z. B. RG. in Zivils. Bd. 54 S. 223.

[2]) Eccius a. a. O. S. 309.

[3]) Planck a. a. O. zu § 459, 2a S. 363.

[4]) So auch Oertmann a. a. O. zu § 459, 5a S. 367.

[5]) S. 7ff. der Arbeit.

[6]) So auch Dernburg a. a. O. S. 62; minder entschieden Oertmann a. a. O. zu § 459, 5a S. 367, der aber doch sagt: „Keinesfalls wird man an die etwa erforderliche Zustimmung des Käufers sonderlich strenge Anforderungen stellen dürfen."

scheintlich der Käufer anstatt seiner Zustimmung seine Nichteinwilligung erklärt hat oder dgl. Wozu denn diese Erschwerung des Rechtsverkehrs? Kann man nicht mit Recht annehmen, daß das Gesetz davon ausgeht, daß jeder Käufer damit einverstanden ist, wenn der Verkäufer für eine Eigenschaft Garantie leisten will? Es bringt ihm eine solche Zusicherung doch nur Vorteile, und dem Verkäufer kann es gleichgültig sein, ob der Käufer seine Zustimmung geben muß oder nicht, da er sich ja auf alle Fälle erst bereit erklären muß, ob er für eine Eigenschaft Garantie leisten will, ehe er zu haften braucht. Man sieht, daß die Ansicht der einseitigen Willenserklärung entschieden mehr dem unser Recht beherrschenden Prinzipe von Treu und Glauben entspricht, und daß ihr auch, vom praktischen Standpunkte aus betrachtet, der Vorzug zu geben ist.

d) Eine andere Frage ist die, ob die Zusicherung ausdrücklich erfolgen muß, oder ob sie auch stillschweigend erklärt werden kann. Oertmann[1]) ist der letzteren Ansicht, aber ich kann mich ihr nicht anschließen. Nach ihm muß z. B. jemand, der eine gestempelte Marke zum Verkaufe anbietet, für die Echtheit des Stempels Garantie (d. h. im Sinne der Zusicherung einer Eigenschaft) leisten, auch wenn er kein Wort gesprochen hat. Dieses Beispiel zeigt, wohin die Oertmannsche Ansicht führt: Man kann dann fast in allen Fällen sagen, es liege eine Zusicherung vor, und der Unterschied zwischen Abs. 1 und Abs. 2 des § 459 ist völlig verwischt. Diese Erwägung muß uns darum veranlassen, nur dann eine Zusicherung als vorliegend zu erachten, wenn der Verkäufer ausdrücklich eine Eigenschaft garantiert.

---

[1]) Oertmann a. a. O. zu § 459, 5a S. 367.

Die Art und Weise, in der Schloßmann,[1]) der ebenfalls eine stillschweigende Zusicherung für ausreichend hält, diese Ansicht begründet, zeigt uns, wie wenig annehmbar diese Meinung ist. Er sagt nämlich: „Hierin liegt zwar stets eine Fiktion; denn in Wahrheit beruht die von solcher Annahme ausgehende Entscheidung auf der Anwendung eines andern, in Gesetzen nicht ausgesprochenen Rechtssatzes, nach welchem derartige Fälle ebenso zu entscheiden sind, wie diejenigen, in denen eine Zusicherung wirklich erfolgt ist.“ Damit sagt er also, daß das Gesetz keine stillschweigende Zusicherung kennt, daß es aber aus irgend welchen Gründen geboten sei, hiervon abzusehen und im Wege einer Fiktion zu helfen. Daß dann aber Schloßmanns Ansicht auf schwachen Füßen steht, wird wohl jeder zugeben müssen.

Auch spricht § 494 für die in der Arbeit vertretene Ansicht, da daraus, daß das Gesetz einmal ausnahmsweise beim Kauf nach Probe die Eigenschaften der Probe als stillschweigend zugesichert ansieht, folgt, daß das Gesetz im übrigen eine stillschweigende Zusicherung für nicht ausreichend hält.[2]) [3])

3. Der Verkäufer kann positiv das Vorhandensein irgend einer Eigenschaft zusichern, er kann aber auch bloß negativ für das Nichtvorhandensein eines bestimmten Fehlers garantieren; in beiden Fällen greift § 459 Absatz 2 ein.

[1]) Schloßmann a. a. O. S. 53.

[2]) vgl. auch Ehrlich a. a. O. S. 33,

[3]) Interessant ist auch die Frage, ob die Zusicherungserklärung, falls der Kaufvertrag einer Form bedarf, zu ihrer Gültigkeit ebenfalls in diese gekleidet sein muß. Da jedoch ein Kaufvertrag über bewegliche Sachen niemals einer Form bedarf, so kann diese Frage hier unerörtert gelassen werden.

Ja, der Verkäufer haftet sogar auch dann, wenn er für das Vorhandensein von Eigenschaften nur im allgemeinen garantiert hat (z. B. die Ware ist gut) oder allgemein zugesichert hat: Die Ware hat keine Fehler.[1]) Crome[2]) dagegen nimmt an, daß in letzterem Falle keine Eigenschaft zugesichert ist, daß daher nur die allgemeine Haftung des § 459 Abs. 1 eintritt. Aber diese restriktive Auslegung des Gesetzes ist m. E. nicht richtig, da die ratio legis doch ist, daß der Verkäufer strenger haften soll, weil er eine Eigenschaft zugesichert hat, auf deren Vorhandensein der Käufer gerechnet hat. Ob nun diese Zusicherung sich auf eine bestimmte Eigenschaft der Ware oder ihre allgemeine Beschaffenheit bezieht, kann keinen Unterschied machen, sofern es sich eben nur um eine wirkliche „Zusicherung" in dem oben entwickelten Sinne handelt.

4. Welche Bedeutung haben ferner Zusicherungen hinsichtlich der Größe einer Sache? § 468 BGB.[3]) lautet: „Sichert der Verkäufer eines Grundstücks dem Käufer eine bestimmte Größe des Grundstücks zu, so haftet er für die Größe wie für eine zugesicherte Eigenschaft." Aus dem Wortlaut „wie für eine zugesicherte Eigenschaft" geht m. E. zwingend hervor, daß das Gesetz im allgemeinen in dem Versprechen einer bestimmten Quantität keine zugesicherte Eigenschaft sehen will. Das schließt natürlich nicht aus, daß ausnahmsweise der Quantitätsmangel doch auch zugleich ein Qualitätsmangel ist, aber man muß eben mit dem Gesetze davon ausgehen, daß dies nur die Ausnahme ist, daß regel-

[1]) So auch Oertmann a. a. O. zu § 459, 5a S. 367.

[2]) Crome, System S. 457.

[3]) In den Einzelheiten interessiert hier § 468 BGB. nicht, da die Arbeit nur von beweglichen Sachen handelt.

mäßig ein solcher Fehler unter § 459 Abs. 1 fällt. Was im Einzelfalle unter die eine oder andere Gruppe gehört, läßt sich mit allgemeinen Regeln nicht sagen, da dies quaestio facti ist. Aber stets ist erforderlich (und das kann man als Prinzip aufstellen), daß die Quantitätszusage die Eigenschaft der Sache berührt, nicht jedoch bloß zur Bezeichnung der Ware dient.

III. Zum Schluß dieser Erörterungen will ich noch kurz darauf hinweisen, inwieweit der Verkäufer nach Absatz 2 des § 459 schlechter gestellt ist, als nach Absatz 1.

Während der Abs. 1 nur von Fehlern spricht, „die den Wert oder die Tauchlichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern", verlangt der Abs. 2 nichts derartiges: Es genügt, daß eine Eigenschaft zugesichert ist, und daß diese nicht vorhanden ist. Die Sache braucht trotzdem nicht einmal einen Fehler zu haben, da ja der Verkäufer nach Abs. 2 nicht aus dem Gesichtspunkte haftet, weil die verkaufte Ware nicht den erforderlichen Zweck erfüllt, sondern lediglich tritt die Gewährleistung deshalb ein, weil der Verkäufer für das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer Eigenschaft Garantie geleistet hat.

Ferner schließt im Abs. 1 eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit die Haftung aus, während eine solche nach Abs. 2 belanglos ist.

Insoweit unterscheiden sich die Voraussetzungen für den Eintritt der Haftung bei einer zugesicherten Eigenschaft sehr bedeutsam von denen der gewöhnlichen Haftung. Daß dies auch in bezug auf die Wirkungen der Fall ist, werden wir weiter unten [1]) sehen.

[1]) vgl. § 4 der Arbeit.

§ 2.

Maßgebender Zeitpunkt.

§ 459 BGB. bestimmt für beide Absätze gleichmäßig, daß der Zeitpunkt, in welchem die Gefahr der Ware auf den Käufer übergeht, für die Gewährleistung maßgebend ist.

Zunächst wollen wir daher kurz feststellen, von welchem Zeitpunkt ab der Käufer einer beweglichen Sache die Gefahr zu tragen hat:

a) Nach § 446 Abs. 1 entscheidet regelmäßig der Zeitpunkt der Übergabe.

b) Wenn es sich aber um einen Versendungskauf handelt, bei dem der Erfüllungsort verschieden ist von dem Ablieferungsort, so ist nicht erst die Zeit der Übergabe maßgebend, sondern die Gefahr geht schon in dem Augenblick auf den Käufer über, „sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat“ (§ 447).

c) Handelt es sich um eine Gattungssache, dann geht die Gefahr erst dann über, wenn der Käufer durch vergebliches Angebot der Sache in Annahmeverzug gekommen ist (§ 300).

Fraglich ist nunmehr aber, ob dieser unter a—c bezeichnete Zeitpunkt in dem Sinne maßgebend ist, daß der Verkäufer *erst* von diesem Augenblick ab Gewähr zu leisten braucht, oder ob damit nur gesagt sein soll, daß der Verkäufer der Gewährschaftshaftung schon im Augenblick des Kaufabschlusses unterliegt, und daß diese bis zum Gefahrübergang fortdauert, so daß sie in diesem Augenblick ihr *Ende* erreicht. Ich nehme mit Oertmann, Crome, Schöller

und Eccius[1]) das letztere an, im Widerspruch mit Dernburg und der Praxis des Reichsgerichts.[2])

Wenn sich daher schon vor dem Gefahrübergang ein Fehler zeigt, der zweifellos nicht bis zu diesem Zeitpunkt beseitigt werden kann, so gewähren Oertmann und die ihm folgenden Schriftsteller dem Käufer schon in dem Augenblick, in welchem die Unmöglichkeit, den Fehler bis zum Gefahrübergang zu heben, feststeht, das Recht der Wandelung und Minderung,[3]) die Gegner dagegen verweisen den Käufer für die Zwischenzeit auf die allgemeinen Vorschriften und lassen die Sachmängelhaftung erst nach dem Gefahrübergange eintreten.

Wenn Dernburg[4]) sagt, die Oertmannsche Ansicht „widerspreche den Zwecken, um derentwillen die Gewährschaftspflicht geschaffen ist", so halte ich dies nicht für richtig. Denn das Gesetz hat die Sachmängelhaftung im Interesse des Käufers geschaffen, weil die allgemeinen Vorschriften der gegenseitigen Verträge zu seinem Schutze nicht ausreichen würden. Wenn man dies bedenkt, so wäre es ganz ungerechtfertigt, wollte man den Käufer dann auf die allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches beschränken, wenn die Sache schon vor dem Zeitpunkt des Gefahrüberganges einen bis dahin nicht zu beseitigenden Mangel zeigt.

---

[1]) Oertmann a. a. O. zu § 459, 3 S. 365; Crome System S. 459, Anm. 2; Schöller a. a. O. S. 15; Eccius a. a. O. S. 315.

[2]) Dernburg a. a. O. S. 65; RG. in Zivils Bd. 53 S. 73.

[3]) vgl. § 4 der Arbeit.

Für das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gilt die Besonderheit des § 463, von der im § 4 der Arbeit zu sprechen ist.

[4]) Dernburg a. a. O. S. 65.

Dies ist der Sinn der Worte im § 459: „zur Zeit des Überganges der Gefahr", und diese Auslegung wird auch bei richtiger Anwendung zu einem befriedigenden Ergebnisse führen. Zu beachten ist dabei aber, wie gesagt, daß dem Käufer die Gewährleistungsansprüche nur dann zustehen, wenn nicht der Wegfall des vorhandenen Sachmangels bis zum Gefahrübergange feststeht.

§ 3.

Ausschluß der Haftung.

1. Gesetzlicher Ausschluß.

a) Kennen oder Kennenmüssen des Käufers.

§ 460 BGB. lautet: „Der Verkäufer hat einen Mangel der verkauften Sache nicht zu vertreten, wenn der Käufer den Mangel bei dem Abschlusse des Kaufes kennt. Ist dem Käufer ein Mangel der im § 459 Abs. 1 bezeichneten Art in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so haftet der Verkäufer, sofern er nicht die Abwesenheit des Fehlers zugesichert hat, nur, wenn er den Fehler arglistig verschwiegen hat."

Wir wollen zunächst an Hand dieses § 460 untersuchen, wann die normale Haftung aus § 459 Abs. 1 ausgeschlossen ist, und dann später sehen, wann die Gewährleistungspflicht aus zugesicherten Eigenschaften (§ 459 Abs. 2) nach § 460 beseitigt ist.

1. Der Verkäufer haftet aus § 459 Abs. 1 nicht, wenn der Käufer den Fehler der Ware kennt oder aus grober Fahrlässigkeit nicht kennt; in letzterem Falle tritt die Haftung aber trotzdem ein, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat.

Zunächst müssen wir feststellen, was das Gesetz unter „arglistigem Verschweigen“ versteht.

Das Bürgerliche Gesetzbuch gebraucht häufig den Ausdruck „arglistiges Verschweigen“, z. B. in den §§ 443, 460, 463, 476, und zwar stets in dem gleichen technischen Sinne.

Es genügt nicht, daß der Verkäufer einen Mangel verschweigt, sondern das Verschweigen muß arglistig geschehen. „Arglistig“ ist nicht gleichbedeutend mit „vorsätzlich“.[1] Unzutreffend sagt ferner Süßheim[2]: „Arglistig ist das Stillschweigen nicht nur, wenn es in der Absicht, zu täuschen, geschieht, sondern auch dann, wenn es objektiv genommen dem Treu und Glauben im Rechtsverkehre widerspricht und wenn es subjektiv auf bewußter Lässigkeit beruht.“ Diese Definition ist völlig willkürlich und läßt sich durch den Wortlaut des Gesetzes in keiner Weise rechtfertigen.

Vielmehr muß daran festgehalten werden, daß der Verkäufer arglistig, also in Täuschungsabsicht, gehandelt haben muß. Wann nun ein solches arglistiges Verschweigen vorliegt, ist quaestio facti. Aber folgende Reichsgerichtsentscheidungen geben uns einige beachtenswerte Fingerzeige.

So liegt Arglist vor, wenn der Verkäufer den Mangel kennt und trotzdem die Abwesenheit des Fehlers zusichert oder behauptet.[3]

Es handelt sich aber ferner auch dann um Arglist, wenn der Verkäufer schweigt, in dem Bewußtsein, daß die Kenntnis

[1] vgl. Oertmann a. a. O. zu § 443 Anm. 2 S. 339.

[2] Süßheim a. a. O. S. 208.

[3] Urteil des RG. (V. Zivilsenat) vom 14. 11. 1903 in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 48 S. 336.

des Fehlers den Käufer abgehalten hätte, die Ware überhaupt oder wenigstens zu dem vereinbarten Preise zu kaufen.[1] [2])

Zu untersuchen ist, ob bloße Zweifel des Verkäufers an der fehlerfreien Beschaffenheit der Ware dessen Schweigen arglistig machen. Das Reichsgericht[3]) sagt: „Der Verkäufer hat nicht nur Fehler, die er als solche erkannt hat, sondern auch seine Zweifel an der Fehlerlosigkeit der Kaufsache dem Käufer bekannt zu machen. Versäumt er diese Pflicht, so handelt er arglistig." Dies ist nicht richtig, denn der Verkäufer ist nur dann arglistig, wenn er einen ihm bekannten Mangel verschweigt, bloße Zweifel verpflichten ihn nicht zur Mitteilung.[4])

Mit Recht weist jedoch Oertmann[5]) darauf hin, daß „das Verschweigen solcher dem Verkäufer positiv bekannter besonderer Umstände, die einen Schluß auf das Vorhandensein des Mangels begründen", arglistig sein könne, denn ob der Verkäufer den Mangel als solchen oder Tatsachen kennt, die auf einen Mangel mit größter Wahrscheinlichkeit schließen lassen, wird regelmäßig keinen Unterschied machen.

Selbstverständlich handelt der Verkäufer nicht arglistig, wenn er einen „Mangel" verschweigt, den er irrigerweise für vorhanden hält. Dies gilt selbst dann, wenn die Ware

[1]) Urteil des RG. vom 13. 1. 1904 in der JurW. 1904 S. 113.

[2]) Ebenso wie die beiden Entscheidungen Oertmann a. a. O. zu § 443 Anm. 2 S. 339 ff.; Staub a. a. O. zu § 377 Anm. 125 S. 1373.

[3]) Urteil des RG. (V. Zivilsenat) vom 16. 5. 1903 in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 47 S. 926 ff.

[4]) vgl. Oertmann a. a. O. zu § 443 Anm. 2 S. 340; ferner zu § 476 Anm. 2 S. 396; Beer a. a. O. S. 90 ff.

[5]) Oertmann a. a. O. zu § 476 Anm. 2 S. 396.

zwar nicht jenen Mangel, aber einen andern hat, vorausgesetzt, daß der Verkäufer diesen nicht kannte.[1])

Kommen wir nun auf den Ausgangspunkt unserer Erörterung zurück. Der Verkäufer steht also besser da, wenn der Käufer den Fehler kennt, als wenn dieser ihn nur aus grober Fahrlässigkeit nicht bemerkt, da die grobe Fahrlässigkeit des Käufers seine eigene Arglist nicht deckt. Wohl aber wird letztere durch die positive Kenntnis des Käufers kompensiert. Dies folgt kraft argumentum e contrario aus § 460 Satz 2 auf Satz 1, denn während das Gesetz in Satz 2 das arglistige Verschweigen des Verkäufers als Ausnahme von der Ausnahme ausdrücklich erwähnt, so daß wieder die Regel des § 459 Abs. 1 Platz greift, geschieht dies in Satz 1 nicht. Hieraus geht zweifellos hervor, daß das Gesetz das Kennen des Fehlers als Verzicht auf die Mängelhaftung konstruiert,[2]) womit es auch sicher das Richtige getroffen hat.

2. Entsprechend dem arglistigen Verschweigen des Verkäufers wird dessen Zusicherung einer Eigenschaft behandelt, indem auch hier die grobe Fahrlässigkeit des Käufers durch die Zusicherung aufgewogen wird, so daß der Verkäufer wie sonst haftet, und indem ferner die Kenntnis des Käufers auch bei der Zusicherung die Haftung des Verkäufers ausschließt. Das letztere müssen wir auch hier folgern mittels argumentum e contrario des § 460 Satz 2 auf Satz 1 und aus der gleichen ratio legis, die ich oben unter Ziff. 1 beim arglistigen Verschweigen des Verkäufers angegeben habe.[3])

---

[1]) vgl. Urteil des RG. (V. Zivilsenat) vom 23. 12. 1903 bei Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten Bd. 59 Nr. 75 S. 138; so auch Oertmann a. a. O. zu § 476 Anm. 2 S. 396.

[2]) So auch Stahl a. a. O. S. 17.

[3]) Ebenso Endemann a. a. O. S. 991 Anm. 27.

Von der entgegengesetzten Ansicht, daß Kenntnis des Käufers vom Mangel der Ware bei einer zugesicherten Eigenschaft die Haftung des Verkäufers aus § 459 Abs. 2 unverändert fortbestehen lasse, weil die im § 460 Satz 2 für zugesicherte Eigenschaften geschaffene Ausnahme durch Extensivinterpretation auch auf Satz 1 anzuwenden sei, sagt Ehrlich[1]) zutreffend: „Die gesetzliche Zulassung der Haftpflicht in diesem Falle käme einer Prämiierung für Gimpelfang gleich."

3. Im Sinne des § 460 ist der maßgebende Zeitpunkt der Abschluß des Kaufs. Es steht dem aber nichts im Wege, daß der Verkäufer eine Eigenschaft, die die Ware zur Zeit des Kaufvertrages noch nicht hat, mit dem Versprechen zusichert, daß dieselbe beim Gefahrübergang vorhanden sein soll. Wie ist nun eine solche Zusicherung auszulegen?

a) Wenn der Verkäufer Garantie für die Eigenschaft übernimmt, dann handelt es sich um eine „Zusicherung" im Sinne der §§ 459 ff., für die die bisher entwickelten Bestimmungen gelten, natürlich mit Ausnahme des § 460, da von einem Kennen des Mangels „bei dem Abschlusse des Kaufs" natürlich keine Rede sein kann.

b) Es kann sich in diesem Falle aber auch um ein bloßes Versprechen des Verkäufers handeln, daß er den Mangel bis zum Gefahrübergang beseitigen werde. Hier liegt keine „Zusicherung" vor, somit finden die §§ 459 ff. keine Anwendung. Möglich ist, daß es sich in solchem Falle um einen Werkvertrag handelt, regelmäßig wird aber ein solcher Werkvertrag nicht als von den Parteien beabsichtigt anzu-

[1]) Ehrlich a. a. O. S. 43 Anm. 2.

nehmen sein.[1]) Vielmehr wird meistens ein dem Kaufvertrage angegliederter Nebenvertrag vorliegen, aus dem dann selbständige Ansprüche nach den allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs entspringen.

c) Oertmann[2]) macht nun mit Recht darauf aufmerksam, daß ein solcher Nebenvertrag mit einer „Zusicherung" verbunden werden kann, so daß dem Käufer sowohl die allgemeinen Vertragsansprüche als auch die Gewährleistungsansprüche aus dem Kaufe zustehen. Allerdings darf man eine Vereinbarung der Parteien nur dann in dem Sinne zu c) auslegen, wenn sich eine solche kumulative Haftung mit Sicherheit aus dem Vertrage ergibt. Z. B. der Verkäufer sagt: Ich garantiere Ihnen, daß der Tisch zur Zeit des Gefahrüberganges das Loch nicht mehr hat, ich verpflichte mich gerne, den Tisch bis dahin auszubessern.

4. Bekanntlich legt § 377 des HGB. dem Käufer bei beiderseitigen Handelsgeschäften die Pflicht auf, die Ware ordnungsgemäß zu prüfen. Eine solche Untersuchungspflicht verlangt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht ausdrücklich. Wohl aber kann der Käufer sich im Einzelfalle einer groben Fahrlässigkeit schuldig machen, wenn er die Ware, ohne sie zu untersuchen, kauft. Ob dieser Fall vorliegt, ist quaestio facti. Da das Gesetz aber die Untersuchungspflicht nicht verlangt, so kann sich das Nichtuntersuchen immer nur als grobe Fahrlässigkeit darstellen, was insofern von großer Wichtigkeit ist, als bei Arglist oder Zusicherung einer Eigenschaft seitens des Verkäufers der Käufer die Ware niemals zu untersuchen braucht, da ja in diesen Fällen der Verkäufer

[1]) Ebenso Schollmeyer a. a. O. S. 119.
[2]) Oertmann a. a. O. zu § 460 Anm. 4 S. 370.

nach § 460 Satz 2 selbst gegenüber einer groben Fahrlässigkeit seines Kontrahenten haften muß.

5. Es sei noch auf eine sehr interessante Entscheidung des Reichsgerichts[1]) hingewiesen, der man wohl zweifellos beitreten muß.[2]) Der Verkäufer soll sich danach auf den Ausschluß der Haftung nach § 460 Satz 1 trotz der Kenntnis des Käufers vom Mangel der Ware nicht berufen können, wenn der Käufer nur ohne grobe Fahrlässigkeit nicht wußte, daß durch diese mangelhafte Beschaffenheit der Wert oder die Tauglichkeit der Sache zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufgehoben oder gemindert wird. Demgemäß schadet also die Kenntnis des Fehlers dem Käufer noch nicht, wenn er nicht auch zugleich die Folgen der mangelhaften Beschaffenheit kannte, es sei denn, daß sie ihm nur aus grober Fahrlässigkeit nicht zum Bewußtsein kamen.

b) Pfandverkauf.

1. In § 461 heißt es: „Der Verkäufer hat einen Mangel der verkauften Sache nicht zu vertreten, wenn die Sache auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung unter der Bezeichnung als Pfand verkauft wird.“ Also nur, wenn die drei Voraussetzungen:

a) „auf Grund eines Pfandrechts.“

b) „in öffentlicher Versteigerung,“

c) „unter der Bezeichnung als Pfand“

vorhanden sind, ist die Haftung ausgeschlossen.

---

[1]) RG. des II. Zivilsenats vom 11. 7. 1905 im Recht, 1905 S. 471.

[2]) So auch Oertmann a. a. O. zu § 460 Anm. 1 S. 369.

Diese Bestimmung ist darauf zurückzuführen, daß hier der Verkäufer notwendigerweise die Sache verkaufen muß, und daß es dann unbillig wäre, ihm die strenge Haftung des § 459 BGB. aufzuerlegen.

2. Dem steht natürlich nicht im Wege, daß der Verkäufer freiwillig durch Vertrag die Haftung übernimmt, da jene Vorschrift nur dispositiver Natur ist.[1])

3. Während die Möglichkeit einer vertragsmäßigen Übernahme der Haftung beim Pfandverkaufe auch von Oertmann zugegeben wird, bestreitet dieser[2]) entschieden, daß gegen den Verkäufer aus einer einseitigen Zusicherung in jenem Falle die Gewährleistungsansprüche geltend gemacht werden können. Oertmann begründet dies: „Die bloße einseitige Zusicherung im Sinne von § 459 begründet als solche keine vertragsmäßige, sondern nur eine gesetzliche Haftung, und eine solche ist im Falle des § 461 eben ausgeschlossen." Demgemäß bezieht also Oertmann den § 461 auf den ganzen Wortlaut des § 459.

Dafür spricht freilich, daß das Gesetz, wie aus der Überschrift: „Gewährleistung wegen Mängel der Sache" hervorgeht, unter „Mangel" auch eine zugesicherte Eigenschaft versteht, und daß § 461 sich dieses Ausdrucks bedient. Dies ist natürlich unbestreitbar, aber noch kein genügender Beweis für die Oertmannsche Ansicht. Denn man braucht ja nur das Wort „Mangel" in der Überschrift als Mangel im weiteren Sinne und im § 461 als Mangel im engeren Sinne, der sich nur auf die Fehler des § 459 Abs. 1 bezieht, aus-

[1]) Ebenso Oertmann a. a. O. zu § 461 Anm. 1a S. 370; ferner Ehrlich a. a. O. S. 47; a. M. mit Unrecht Eccius a. a. O. S. 314.

[2]) Oertmann a. a. O. zu § 461 Anm. 1a S. 371; ebenso auch Eccius a. a. O. S. 313.

legen, und man ist nicht mehr gezwungen, Oertmann zu folgen,[1]) da bei dieser Auslegung die „gesetzliche Haftung“ des § 459 Abs. 2 auch neben 461 eintreten kann. M. E. müssen wir § 461 in dieser Weise interpretieren, da die Gegenansicht mit dem Zweck des § 461 unvereinbar ist. Denn wenn § 461 nur eine dispositive Vorschrift ist, wie Oertmann doch zugibt, also nur eingreift, wenn nichts Gegenteiliges vereinbart ist, dann muß man auch mit vollem Recht sagen, daß eine Zusicherung beim Pfandverkaufe Wirksamkeit hat. Denn beiden Auslegungen ist doch gemeinsam, daß § 461 nur geschaffen ist, um bei einem notwendigen Verkaufe den Verkäufer vor einer nicht gewollten Haftung zu bewahren. Wenn er sie dagegen gewollt hat, haftet er, mag dieser Wille sich nun in einem Vertrage oder in einer einseitigen Zusicherung kund geben.[2])

4. Wenn dagegen der Verkäufer bei einem Pfandverkauf einen Mangel arglistig verschwiegen hat, so können die Gewährsleistungsansprüche nicht in Frage kommen. Man könnte dies höchstens durch Analogie aus § 476 folgern, indem man sagen könnte: wenn ein vertraglicher Ausschluß der Haftung bei Arglist hinfällig ist, so muß es auch dementsprechend bei dem gesetzlichen Ausschluß der Haftung sein. Diese Analogie scheint mir aber zu gewagt zu sein, zumal auch die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs dem Käufer bei Arglist ausreichenden Schutz gewähren: z. B. §§ 123, 823, 826 BGB.[3])

---

[1]) vgl. Dernburg a. a. O. S. 67.

[2]) vgl. Planck a. a. O. zu § 461 Anm. 1 b S. 365; Dernburg a. a. O. S. 67; Crome, System S. 453 Anm. 75; Ehrlich a. a. O. S. 47.

[3]) So auch Oertmann a. a. O. zu § 461 Anm. 1 d S. 371.

2. Vertragsmäßiger Ausschluß.

§ 476 BGB. bestimmt: „Eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache erlassen oder beschränkt wird, ist nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt."

Die Vorschriften über die Gewährleistung sind demnach dispositiver Natur, da die Haftung des Verkäufers vertraglich beliebig erweitert oder beschränkt werden kann. Ein solcher Vertrag ist aber nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt. Der Begriff des arglistigen Verschweigens ist hier der gleiche, wie oben,[1]) es sei demnach nur auf die dortigen Erörterungen verwiesen.

Nur durch einen Vertrag kann die Haftung des Verkäufers verändert werden, einseitige Notizen auf einer Faktura können daher die Haftung nicht ausschließen,[2]) während andererseits natürlich der Vertrag anstatt durch ausdrückliche Erklärungen auch durch konkludente Handlungen geschlossen werden kann.

II. Umfang der dem Käufer zustehenden Rechtsmittel bei Mängeln der Ware.

§ 4.

Übersicht der Gewährsleistungsansprüche.

In der Einleitung habe ich schon darauf hingewiesen, daß ich hier nur eine kurze Übersicht ohne Erörterung von Streitfragen geben will.

[1]) vgl. S. 17 ff. der Arbeit.

[2]) Oertmann a. a. O. zu § 476 Anm. 3 S. 396; Staub a. a. O. zu § 377 Anm. 150 S. 1377.

I. Wegen eines der in §§ 459, 460 bezeichneten Mängel kann der Käufer nach seinem Belieben Wandlung des Kaufes oder Minderung des Kaufpreises verlangen (§ 462). Die Verwirklichung dieser Ansprüche geschieht dadurch, daß der Käufer Wandlung bezw. Minderung verlangt und der Verkäufer sich mit dem verlangten Rechtsmittel „einverstanden erklärt" (§ 465), d. h. also, daß das Gesetz, wenigstens nach der herrschenden und m. E. richtigen Ansicht, jene beiden Rechtsmittel als Ansprüche des Käufers an den Verkäufer auf Abschließung des Wandlungs- bezw. Minderungsvertrages konstruiert, die durch Annahme seitens des Verkäufers zu einem rechtsgültigen Vertrage werden.[1]) Damit nun aber der Verkäufer aus der Ungewißheit herauskommt, für welchen der beiden Ansprüche sich der Käufer entscheiden wird, gestattet ihm das Gesetz in § 466, sich bei einem von dem Käufer behaupteten Mangel mit der Wandlung einverstanden zu erklären und der Gegenpartei eine angemessene Frist für deren Wahl zu setzen, nach deren fruchtlosem Ablauf nur noch die Minderung in Frage kommt.

Ferner hat der Käufer neben den Rechten des § 462 Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wenn die Ware eine zugesicherte Eigenschaft zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht hat, oder wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat (§ 463).

Diese drei Rechtsmittel stehen ihm aber nicht zu, wenn er eine mangelhafte Sache in Kenntnis ihres Mangels annimmt, es sei denn, daß er die Ware unter Vorbehalt der ihm wegen des Mangels zustehenden Rechte annimmt (§ 464).

---

[1]) vgl. zu dieser sehr umstrittenen Frage insbes. die bei Oertmann a. a. O. zu § 465 S. 378ff. und Dernburg a. a. O. S. 68 Anm. 1, zit. Literatur.

II. Auf das Recht der Wandlung finden die meisten Vorschriften über den Rücktritt Anwendung; die Umgestaltung der gekauften Sache in eine solche anderer Art (§ 352) soll die Wandlung aber nicht ausschließen, wenn sich der Mangel erst bei der Umgestaltung gezeigt hat (§ 467). Die §§ 469 bis 471 geben darüber Auskunft, wie sich die Wandlung gestaltet, wenn von mehreren gekauften Sachen nur einzelne mangelhaft sind (§ 469), insbesondere wenn von den mehreren Sachen nur die Hauptsache oder die Nebensache fehlerhaft ist (§ 470), und ferner wenn bei einem Verkaufe mehrerer Sachen für einen Gesamtpreis nur in Ansehung einzelner Sachen gewandelt wird (§ 471).

§ 472 bestimmt, in welchem Verhältnisse oder Kaufpreis bei der Minderung herabzusetzen ist, insbesondere in Abs. 2, wie der wirkliche Wert zu berechnen ist, wenn mehrere Sachen für einen Gesamtpreis verkauft sind, und nur hinsichtlich einzelner derselben Minderung verlangt wird.

Falls nun die Gegenleistung des Käufers nicht nur in Geld, sondern auch in nicht vertretbaren Sachen besteht, so werden letztere nach dem Geldwerte zur Zeit des Verkaufs berechnet, wenn bei einem Verkauf mehrerer Sachen für einen Gesamtpreis nur hinsichtlich einzelner gewandelt werden soll (§ 471) oder Minderung (§ 472) verlangt wird, da ja sonst eine Herabsetzung des Kaufpreises unmöglich wäre (§ 473).

Wenn mehrere Verkäufer bezw. Käufer vorhanden sind, so muß die Wandlung gegen alle bezw. von allen zusammen ausgeübt werden; wenn das Wandlungsrecht für einen der Beteiligten erlischt, dann erlischt es auch zugleich für die übrigen (§§ 467, 356). Ganz anders bei der Minderung! Hier steht jeder für sich allein: Jeder einzelne Käufer kann für sich Minderung verlangen, und gegen jeden einzelnen Verkäufer

kann sie gesondert ausgeübt werden (§ 474 Abs. 1). Wenn nun von mehreren Käufern einer das Minderungsrecht vollzogen hat, dann erlischt das Recht auf Wandlung auch für die übrigen (§ 474 Abs. 2). § 474 Abs. 2 ist eine lex geminata, da § 467 in Verbindung mit § 356 Satz 2 genau dasselbe sagt. Denn der Käufer hat nur Anspruch auf Wandlung *oder* Minderung, und wenn er die letztere vollzogen hat, so erlischt damit *für ihn* das Wandlungsrecht. Sind dann in diesem Falle mehrere Käufer da, so ist es auch für diese erloschen, wie §§ 467, 356 Satz 2 ausdrücklich sagen. Demgemäß hebt § 474 Abs. 2 dies überflüssigerweise nur noch einmal hervor.

III. Hat die Sache mehrere Mängel, und ist nur wegen *eines* dieser das Minderungsrecht ausgeübt, so steht es dem Käufer frei, wegen der übrigen Mängel wiederum Wandlung oder Minderung zu verlangen (§ 475).

IV. Bei Gattungssachen steht dem Käufer anstatt des Wandlungs- oder Minderungsrechtes der Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Ware zu (§ 480 Abs. 1).

Wenn ferner einer solchen Gattungssache eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder der Verkäufer arglistig einen Fehler verschwiegen hat, so hat der Käufer auch hier statt der gewöhnlichen Rechtsmittel Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 480 Abs. 2). Für die Zusicherung einer Eigenschaft ist hier im Gegensatz zu § 463 der maßgebende Zeitpunkt erst der Augenblick des Gefahrüberganges, da ja zur Zeit des Kaufabschlusses noch gar kein bestimmter Kaufgegenstand vorhanden ist. Daher ist der Käufer erst im Augenblick des Gefahrüberganges in der Lage, die zu übergebende Sache auf ihre zugesicherte Eigenschaft hin zu prüfen, somit obige Sondervorschrift völlig gerechtfertigt.

V. Die Ansprüche auf Wandlung, Minderung und Schadensersatz verjähren in 6 Monaten von der „Ablieferung" an,[1]) doch kann diese Frist vertraglich verlängert werden (§ 477). Hat aber der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen, dann läuft die gewöhnliche Verjährungsfrist von 30 Jahren (§§ 477, 195).

Entscheidend ist der Zeitpunkt der „Ablieferung", nicht der Übergabe, da erst mit jener dem Käufer in allen Fällen die Möglichkeit gewährt ist, die Sache auf ihre Mängel hin zu prüfen. Die Ablieferung ist ein rein tatsächlicher Vorgang, nicht wie die Übergabe ein Rechtsgeschäft, und besteht in der Aufgabe des Gewahrsams seitens des Verkäufers zu gunsten des Käufers. Sie ist streng von der Übergabe zu scheiden, mit der sie freilich oft zusammenfallen wird, aber keineswegs muß, wie ein Hinweis auf die Möglichkeit einer Übergabe durch Abtretung des Herausgabeanspruches oder constitutum possessorium sofort ersichtlich macht.

Auf die übigen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Verjährung der Gewährleistungsansprüche wegen Sachmängel beim Kaufe sei hier nur hingewiesen: §§ 477 Abs. 2 und 3, 478, 479.

§ 5.

Die allgemeinen Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse.

a) Allgemeines.

Welche Folgen das Gesetz an die Lieferung mangelhafter Ware knüpft, hat uns § 4 der Arbeit gezeigt. Ob

[1]) Bei Grundstücken beträgt die Verjährungsfrist 1 Jahr seit der „Übergabe" (§ 477).

neben diesen Gewährleistungsansprüchen auch noch kumulativ die allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts Anwendung finden, ist eine sehr interessante, aber schwierige Frage, schwierig deshalb, weil uns das Gesetz durch keinerlei Bestimmungen zu Hilfe kommt. Es ist jedoch hauptsächlich den scharfsinnigen Ausführungen Schollmeyers[1]) zu danken, daß jenes Problem heute im Prinzip als gelöst betrachtet werden kann, und daß auch die Durchführung im einzelnen, nämlich, inwieweit die allgemeinen Vorschriften ergänzend zu berücksichtigen sind, nicht mehr allzugroßen Schwierigkeiten begegnet.

Eine kleine Anzahl von Schriftstellern[2]) behauptet, daß die Frage in völlig negativem Sinne zu beantworten sei.

Titze begründet dies zunächst damit, oder richtiger gesagt, er behauptet, daß der Abschnitt über Mängelgewähr die Ansprüche des Käufers wegen Mängel der Ware erschöpfend regeln wolle. Dies ist ja gerade der Kernpunkt der Frage und hätte von Titze bewiesen werden müssen. So ist es nur eine Behauptung, der man mit demselben Recht die umgekehrte Ansicht entgegenhalten könnte. Treffend sagt Kisch[3]): „Das erste Argument dürfte auf einen fehlerhaften Zirkel hinauslaufen".

Weiter meint Titze, da dem Käufer durch die §§ 459 ff. Rechte gewährt seien, die ihm ohne diese Vorschriften nur bei Verschulden des Verkäufers zuständen, so sei es andererseits auch billig, ihm nicht alle Rechte zuzugestehen, die sonst an ein schuldhaftes Verhalten des Gegners geknüpft

[1]) Schollmeyer a. a. O. S. 93 ff.

[2]) Titze a. a. O. S. 277 Anm. 45; Endemann a. a. O. S. 989 Anm. 20; Eccius a. a. O. S. 306, 307.

[3]) Kisch, Krit. VSchr. S. 559.

seien. Daß dies lediglich ein Scheingrund ist, wird einleuchten, wenn man erwägt, daß es Dutzende von Fällen gibt, in denen die §§ 459 ff. dem Käufer gar keinen oder zu geringen Schutz gewähren würden, würde man nicht die allgemeinen Vorschriften zu Hilfe nehmen. Weshalb hat denn das Gesetz die Sachmängelhaftung besonders geregelt und hier das Prinzip, daß nur für Verschulden zu haften ist, durchbrochen? Doch lediglich im Interesse des Käufers. Wäre es da gerechtfertigt, daß das Gesetz auf diese Weise den Bedürfnissen des Verkehrs genügt, andererseits dem Käufer aber die Möglichkeit versperrt, sich auf die jedermann zustehenden Rechte zu berufen, falls die Mängel durch Verschulden des Verkäufers entstanden sind?

Gerade diese Erwägung zwingt uns dazu, die allgemeinen Vorschriften zur Ergänzung der §§ 459 ff. heranzuziehen. Nur ist es selbstverständlich und bedarf kaum der Erwähnung, daß beide Abschnitte nicht gleichwertig nach Belieben angewandt werden können, sondern daß den Gewährleistungsansprüchen, als der lex specialis, stets der Vorzug zu geben ist, wenn die §§ 459 ff. ausdrücklich oder durch ihren Zweck mit den allgemeinen Vorschriften im Widerspruch stehen.[1])

b) Zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandene Mängel.

Für den Fall, daß ein Mangel schon zur Zeit des Kaufs vorhanden ist, hat das Gesetz ausreichende Bestimmungen gegeben. Es sagt ausdrücklich, daß dem Käufer nur im Falle des § 463 ein Schadensersatzanspruch, im übrigen lediglich das Recht auf Wandlung oder Minderung oder bei

[1]) Darauf weist auch Oertmann a. a. O. Vorbem. zu § 459, Anm. 2b S. 361 besonders hin.

Gattungssachen auf Nachlieferung einer mangelfreien Ware, gewährt ist. Diese Beschränkung gegenüber den allgemeinen Vorschriften hätte keinen Sinn, wenn man außerdem in allen Fällen sonstigen Verschuldens des Verkäufers auch noch jene für anwendbar erklärte. Letzteres ist auch deshalb unmöglich, weil nach § 276 eine schuldhafte Vertragsverletzung, nach § 320 eine Nichterfüllung des Vertrages, nach § 325 Unmöglichkeit der Leistung und nach § 326 Verzug mit der Erfüllung vorliegen muß. Diese Voraussetzungen treffen aber in unserm Falle nicht zu. Denn wenn der Mangel schon zur Zeit des Vertragsabschlusses da ist, und der Verkäufer die Ware in dieser Beschaffenheit übergibt, so hat er damit seine Schuld erfüllt, da ja diese Ware Gegenstand des Schuldverhältnisses war. Hiermit steht nicht in Widerspruch, daß dann wegen dieser Mängel Gewährleistungsansprüche gegen den Verkäufer erhoben werden können, denn Erfüllungspflicht und Gewährleistungspflicht sind streng voneinander zu trennen. Deshalb ist auch die Leistung nicht unmöglich und kommt ferner der Verkäufer nicht in Verzug, wenn er die mangelhafte Ware in der Beschaffenheit zur Zeit des Kaufes leistet, im Gegenteil würde der Käufer bei Annahmeverweigerung in Annahmeverzug kommen.[1])

Wenn Leistung von Gattungssachen Gegenstand des Kaufvertrages ist, so ist die Sachlage prinzipiell nicht anders. Denn nach § 243 Abs. 1 hat hier der Verkäufer eine Ware mittlerer Art und Güte zu leisten, und die Genusschuld wird nach § 243 Abs. 2 in dem Augenblick zur Speziesschuld, in welchem der Verkäufer das zur Leistung

[1]) vgl. Schollmeyer a. a. O. S. 93ff.; Oertmann a. a. O. Vorbem. zu § 459 Anm. 2b a S. 361; Crome, System S. 444 Anm. 4; a. M. Dernburg a. a. O. S. 69.

dieser Sache Erforderliche getan hat. Falls nun der Verkäufer die Schuld durch Auswahl einer solchen Ware mittlerer Art und Güte konkretisiert hat, dann erfüllt er seine Schuld, wenn er diese Ware liefert, gleichgültig ob sie im Sinne des § 459 mangelhaft ist oder nicht. Und daß eine Sache, trotzdem sie von mittlerer Art und Güte ist, mangelhaft sein kann, dürfte keinem Zweifel unterliegen, denn wenn diese auch die in § 243 geforderte Eigenschaft hat, so kann sie doch z. B. den vom Käufer vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern und infolgedessen mangelhaft sein.[1]) Dies liegt eben daran, daß beide Begriffe an ganz verschiedene Voraussetzungen geknüpft sind und daher nicht in einen Topf geworfen werden dürfen. Die Gattungsschuld unterscheidet sich demnach von der Speziesschuld für unsere Frage nur dadurch, daß bei jener nicht der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, sondern der Konkretisierung der Schuld maßgebend ist. Ist diese aber erfolgt, dann gelten die gleichen Grundsätze, wie oben.

Dies verkennt Hellbach,[2]) indem er sagt: „Ist eine nur der Gattung nach bestimmte Sache verkauft worden, so kann der Käufer, wenn ihm eine mangelhafte Sache angeboten wird, die Abnahme verweigern; denn er hat nur eine Sache abzunehmen, wie sie der Verkäufer zu leisten hat. Ist dagegen eine bestimmte Sache, eine Spezies, verkauft worden, und wird sie dem Käufer mit Fehlern behaftet angeboten, so kann er ihre Abnahme nicht verweigern.“ Daß der Käufer nur eine Sache, wie sie der Verkäufer zu leisten hat, abnehmen

---

[1]) vgl. die betreffenden Beispiele bei Schollmeyer a. a. O. S. 100ff.

[2]) Hellbach a. a. O. S. 6.

muß, ist selbstverständlich. Nur läßt Hellbach unberücksichtigt, daß § 243 ja gerade von dem Verkäufer die Leistung einer Sache mittlerer Art und Güte verlangt, daß folglich, wie schon oben ausgeführt, der Käufer eine Ware von dieser Beschaffenheit annehmen muß, wenn er nicht in Verzug geraten will.

§ 6.

Fortsetzung.

c) Nach dem Vertragsschlusse, aber vor dem Gefahrübergange entstandene Mängel.

I. Wenn die Ware zwar zur Zeit des Kaufes keinen Mangel gehabt hat, einen solchen aber in der Zeit zwischen Vertragsabschluß und Gefahrübergang erhält, dann gelten völlig andere Grundsätze, wie die in § 5 b der Arbeit entwickelten. Denn die Erfüllungspflicht verlangt von dem Verkäufer, die Ware mit den Eigenschaften zu übergeben, die sie beim Vertragsabschluß hatte. Demgemäß muß er nach §§ 433, 242 alles tun, um dieser Erfüllungspflicht genügen zu können,[1]) und muß daher zu diesem Zwecke auch event. „die Kaufsache behüten,[2]) soweit dies in seiner Macht steht. Wenn die Sache jedoch ohne Schuld des Verkäufers Schaden erleidet, dann muß ihm das Gesetz die Möglichkeit verschaffen, um von seiner Erfüllungspflicht befreit zu werden. Diese gewährt ihm aber das Gesetz nur, wenn man neben

[1]) vgl. z. B. Oertmann a. a. O., Vorbem. zu § 459. Anm. 2 bb, S. 361; Hellbach a. a. O. S. 7.

[2]) A. M. Crome, System S. 989 Anm. 20: „Das Gesetz stellt keine Verpflichtung auf, die Kaufsache vor der Entstehung von Fehlern im Sinne des § 459 Abs. 1 zu behüten."

den §§ 459 ff. die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs konkurrierend anwendet.

Daß letzteres auch die Absicht des Gesetzes sein muß, zeigt § 463 BGB.[1] Denn es wäre völlig sinnlos, wenn das Gesetz die Haftung des Verkäufers aus zugesicherten Eigenschaften und Arglist auf den Zeitpunkt des Kaufabschlusses beschränken würde, wenn es nicht damit indirekt sagen würde, daß dem Käufer für die Zeit nach dem Kaufabschlusse die allgemeinen Vorschriften Schutz verleihen sollen.

II. Wenn die Ware in der Zwischenzeit einen nicht zu beseitigenden Mangel erleidet oder eine beim Kaufabschlusse vorhanden gewesene Eigenschaft für alle Zeit verliert, dann liegt nachträgliche Unmöglichkeit vor, so daß die Vorschriften über diese Anwendung finden.[2] Ist dann der Mangel von der im § 459 geforderten Art, oder handelt es sich um eine zugesicherte Eigenschaft, so greifen daneben auch die §§ 459 ff. Platz. Daß in jenen Fällen Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, kann m. E. nicht zweifelhaft sein, denn ob die Lieferung der verkauften Sachen überhaupt oder hinsichtlich ihrer Beschaffenheit unmöglich ist, macht keinen Unterschied.

Zu untersuchen ist jedoch, ob gänzliche oder teilweise Unmöglichkeit vorliegt. Oertmann[3] sagt, daß es sich nicht um teilweise Unmöglichkeit handeln kann, wenn „der Schuldner die vertragsmäßige Leistung nur in einem qualitativ minderen Zustande zu liefern imstande ist." Möglicherweise kann nach Oertmann vollständige Unmöglichkeit vorliegen,

[1] So Oertmann a. a. O. Vorbem. zu § 459. Anm. 2 bb, S. 362.

[2] vgl. Schollmeyer a. a. O. S. 104 ff.; Oertmann a. a. O. Vorbem. zu § 459 Anm. 2 bb α—γ S. 362; Kisch, Unmöglichkeit S. 193 ff.

[3] Oertmann a. a. O. zu § 323 Anm. 7 a S. 159.

„wenn die Leistung nach der Anschauung des Verkehrs oder nach dem besonderen Vertragszweck überhaupt nicht mehr als Vertragserfüllung angesehen werden kann.“ Demgemäß fährt er fort: „Also der Leistungsmangel bedeutet entweder vollständige oder überhaupt keine Leistungsunmöglichkeit.“ M. E. ist dies nicht richtig, denn wenn teilweise Unmöglichkeit vorliegt, falls der Verkäufer nicht seine ganze Leistung erfüllen kann, so muß man auch das gleiche annehmen, wenn er zwar die ganze Leistung machen kann, aber nur in mangelhaftem Zustande.[1]) Kann nämlich der Verkäufer die Ware für alle Zeit nicht mit den Eigenschaften, die sie beim Vertragsabschlusse hatte, dem Käufer übergeben, so ist ihm eben die Erfüllung unmöglich; da er ja aber seinen Verpflichtungen zum Teil nachkommen kann, so liegt nur teilweise Unmöglichkeit vor. Demgemäß wird es sich regelmäßig um teilweise Unmöglichkeit handeln.

Es ist jedoch auch der Fall denkbar, daß für die verkaufte Ware die Mängelfreiheit oder das Vorhandensein bestimmter zugesicherter Eigenschaften so wesentlich ist, daß die Erfüllung in dieser Beschaffenheit interesselos ist, und somit gänzliche Unmöglichkeit vorliegt.[2]) Es ist daher nicht ganz richtig, wenn Schollmeyer[3]) nur von teilweiser Unmöglichkeit spricht.

1. Zunächst wollen wir nun untersuchen, inwieweit beim Verkaufe von Speziessachen die Vorschriften über die Unmöglichkeit mit den §§ 459 ff. konkurrieren.

---

[1]) vgl. Schollmeyer a. a. O. S. 104 ff.; Kisch, Unmöglichkeit S. 193 ff.

[2]) Ebenso Titze a. a. O. S. 47; Kisch, Unmöglichkeit S. 193.

[3]) Schollmeyer a. a. O. S. 104 ff.

a) Ist der Mangel durch einen Umstand eingetreten, den weder der Verkäufer noch der Käufer zu vertreten hat, dann sind die §§ 459 ff. ausschließlich anzuwenden. Der Käufer muß seine ganze Gegenleistung bewirken, ohne nach § 323 Abs. 1 ein Recht auf Verweigerung der Gegenleistung oder Minderung des Kaufpreises zu haben.[1]) Denn es wäre ungerecht, wollte man dem Käufer die viel weitergehenden Rechte des § 323 zuerkennen, wenn der Verkäufer schuldlos ist, da so unter Umständen bei ganz unerheblichen Mängeln ipso jure gänzlicher oder teilweiser Verlust des Anspruchs auf Zahlung des Kaufpreises eintreten würde, während sich an die strengen Voraussetzungen des § 459 nur ein verjährbarer Anspruch auf Wandlung oder Minderung der Gegenleistung knüpft.

Auch hat der Käufer nicht den im § 323 Abs. 2 erwähnten Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden commodum, da dieser dem Käufer nur bei Anwendung des § 323 Abs. 1 zusteht. Halten wir den Abs. 1 aber für unanwendbar, so müssen wir bei Abs. 2 dasselbe tun.[2])

b) Anders liegt der Fall, wenn der Mangel durch Verschulden des Verkäufers entstanden ist. Hier reichen die §§ 459 ff. nicht zum Schutze des Käufers aus, denn wenn schon bei Schuldlosigkeit des Verkäufers Recht auf Wandlung oder Minderung gegeben ist, so wäre es im höchsten Grade ungerecht, wollte man den Käufer auch bei Verschulden des Verkäufers auf diese Rechtsmittel beschränken.

---

[1]) So auch Oertmann a. a. O. Vorbem. zu § 459 Anm. 2 bb γ S. 362; Schollmeyer a. a. O. S. 106; Kisch, Unmöglichkeit S. 194; a. M. dagegen Windscheid-Kipp a. a. O. S. 701 § 395 Anm. I, 2 d β.

[2]) vgl. Oertmann a. a. O. Vorbem. zu § 459 Anm. 2 bb δ S. 362; entgegengesetzter Ansicht Schollmeyer a. a. O. S. 106.

Es muß dem Käufer die Möglichkeit offen stehen, auch Schadensersatz verlangen zu können, und diese Möglichkeit gewähren ihm die § 276 ff. und § 325. Folglich müssen diese Paragraphen konkurrierend mit den Gewährleistungsansprüchen in Betracht kommen,[1]) und zwar derart, daß es dem Käufer ganz nach seinem Belieben überlassen ist, sich auf die ihm günstigeren Vorschriften zu berufen. Es steht dem Käufer demgemäß auch der Anspruch auf das stellvertretende commodum nach § 281 zu.

Fraglich ist nur, wie sich das Rücktrittsrecht des § 325 zu dem Wandlungsanspruch verhält. Kisch[2]) sagt: „Der Rücktritt untersteht aber nicht der Regel des § 325, sondern den Wandlungsgrundsätzen." Nach Kisch soll also zwar dem Käufer das Rücktrittsrecht zustehen, aber nur nach den schwerfälligen Grundsätzen der Wandlung. Wenn Schollmeyer[3]) sagt: „... was wohl nichts anderes bedeuten soll, als daß der Rücktritt ausgeschlossen, die Wandlung aber gestattet sei," so ist das nicht richtig, da der Käufer bei Kisch immer noch den Vorteil hat, sich auf die Voraussetzungen des § 459 und des § 325 berufen zu können, was für ihn von großem Wert ist. Nimmt man dies aber an, so ist der Grund nicht einzusehen, warum dem Käufer der Rücktritt als solcher versagt wird. Es trägt dies m. E. nur dazu bei, Komplikationen herbeizuführen.[4])

[1]) vgl. Oertmann a. a. O., Vorbem. zu § 459 Anm. 2bbα S. 362; Schollmeyer a. a. O. S. 106ff.; Schöller a. a. O. S. 20; Schroeder a. a. O. S. 95.

[2]) Kisch, Unmöglichkeit S. 194.

[3]) Schollmeyer a. a. O. S. 111.

[4]) Auch Schollmeyer a. a. O. S. 111ff., sowie die Anhänger der in dieser Arbeit vertretenen Lehre stehen auf demselben Standpunkt.

Auch ist es willkürlich, wenn Schollmeyer[1]) bei Mängeln, die nicht dem § 459 entsprechen, verlangt, daß zur Erhaltung der dem Käufer aus § 325 zustehenden Rechte ein dem § 464 entsprechender Vorbehalt nötig ist,[2]) und daß die Ansprüche aus § 325 bei solchen Mängeln den kurzen Verjährungsfristen des § 477 unterliegen. Dann hätte auch Schollmeyer konsequent sein müssen und diese Grundsätze ebenfalls bei Mängeln, die dem § 459 entsprechen, anwenden müssen. Beides halte ich jedoch nicht für annehmbar, denn durch eine derartige Vermischung der §§ 276, 325 mit den §§ 459 ff. wird der ganzen Lehre, und zwar m. E. unnötigerweise, der Stempel der Willkürlichkeit aufgedrückt.

c) Ist der Mangel durch Verschulden des Käufers entstanden, so findet § 324 ausschließlich Anwendung, denn vernunftgemäß können die §§ 459 ff. diesen Fall nicht mitumfassen, da andernfalls der Verkäufer für Mängel, die durch Verschulden der Gegenpartei verursacht sind, in gleicher Weise haften müßte, wie für solche, die durch sein eigenes Verschulden oder durch einen von keiner der beiden Parteien zu vertretenden Umstand entstanden sind. Dies würde jedoch allen Billigkeitsgrundsätzen Hohn sprechen.[3])

Da hier die Unmöglichkeitslehre Anwendung findet, kann natürlich der Käufer das stellvertretende commodum nach § 281 verlangen.[4])

---

[1]) Schollmeyer a. a. O. S. 108 ff.

[2]) vgl. Windscheid-Kipp a. a. O. S. 702 ff. § 395 Anm. I, 2 h.

[3]) vgl. Oertmann a. a. O. Vorbem. zu § 459 Anm. 2 bb β S. 362; Schollmeyer a. a. O. S. 106; Windscheid-Kipp a. a. O. S. 701 § 395 Anm. I 2 d α.

[4]) vgl. Oertmann a. a. O. Vorbem. zu § 459 Anm. 2 bb δ S. 362; Schollmeyer a. a. O. S. 106.

2. Bei einem Gattungskauf sind die entsprechenden Grundsätze anzuwenden, nur mit dem Unterschiede, daß hier nicht genügt, wenn der unheilbare Mangel nach dem Vertragsabschlusse entstanden ist, sondern es muß die Konkretisierung der Schuld nach § 243 Abs. 2 vorher eingetreten sein, da vorher ja noch keine bestimmte Sache Gegenstand des Vertrages ist.[1])

III. Wenn jedoch die Sache in der Zwischenzeit von einem zu beseitigenden Mangel betroffen wird oder eine zur Zeit des Kaufvertrages vorhanden gewesene Eigenschaft nicht unwiderbringlich verliert, dann können die Vorschriften über die Unmöglichkeit nicht in Frage kommen, da hier nur eine zeitweilige Unmöglichkeit vorliegt, die nicht von den §§ 323 ff. geregelt ist.[2])

1. Auch diesen Fall wollen wir zunächst in bezug auf Speziessachen behandeln.

a) Ist der Mangel von keiner der Parteien zu vertreten und entspricht er den Voraussetzungen des § 459, so hat der Käufer die Gewährschaftsklagen. Liegen diese Voraussetzungen aber nicht vor, so können die §§ 459 ff. keine Anwendung finden; der Käufer kann sich aber dann auch nicht auf die allgemeinen Vorschriften stützen, da diese hierüber keine Bestimmungen enthalten. Somit muß der Käufer den vollen Kaufpreis entrichten.

b) Ist der Mangel aber durch Verschulden des Verkäufers eingetreten, dann ist der Fall anders zu beurteilen. Der Verkäufer hat einen solchen Mangel nach § 276 zu vertreten und kommt in Leistungsverzug, wenn er ihn nicht beseitigt. Der

---

[1]) vgl. Schollmeyer a. a. O. S. 112ff.

[2]) Oertmann a. a. O. zu § 280 Anm. 2 S. 101.

Käufer dagegen gerät nicht in Annahmeverzug, wenn er die Annahme der Ware verweigert, da die Leistung dem Käufer nach § 294 „so, wie sie zu bewirken ist", hätte angeboten werden müssen. Schollmeyer[1]) wirft nun die Frage auf, ob dieser Erfüllungsverzug Total- oder Partialverzug ist, und beantwortet sie in dem letzteren Sinne. M. E. ist dies nicht zutreffend, da der Verkäufer die Ware in dem Zustande zur Zeit des Vertragsabschlusses liefern muß, andernfalls seine Schuld nicht erfüllt. Mit Unrecht sagt Schollmeyer[2]): „Der Käufer erhält das Geschuldete, wenn auch mangelhaft", denn „geschuldet" war eine ganz andere Sache. Es widerspricht dem natürlichen Rechtsempfinden, wenn man nur deshalb Erfüllung der Schuld annimmt, weil der Gegenstand als solcher derselbe geblieben ist, ohne zu berücksichtigen, daß dieser vielleicht so wesentliche Veränderungen erlitten hat, daß die Ware nur ihrem äußeren Anschein nach mit der gekauften identisch ist. M. E. genügt es daher nicht, Partialverzug anzunehmen, sondern es liegt Totalverzug vor.

Genügt der Mangel den Vorschriften des § 459, so kann der Käufer die Gewährleistungsansprüche geltend machen.

Daneben kann er sich nach seiner Wahl auf die §§ 286, 320 und 326 berufen.

c) Von dem Falle, daß der Mangel durch Verschulden des Käufers entstanden ist, handeln die §§ 459 ff. garnicht.[3]) Da die allgemeinen Vorschriften hierüber auch schweigen, so hat der Käufer den vollen Kaufpreis zu zahlen.

---

[1]) Schollmeyer a. a. O. S. 114 ff.

[2]) Schollmeyer a. a. O. S. 114.

[3]) vgl. S. 39 der Arbeit.

2. Für den Gattungskauf gelten auch hier dieselben Grundsätze, wie in den Fällen 1, natürlich mit der Beschränkung, daß der Mangel erst nach der Konkretisierung der Schuld eingetreten sein darf.[1])

IV. Anscheinend konkurrieren demnach die §§ 459 ff. beim Gattungskauf in derselben Weise mit den allgemeinen Vorschriften, wie beim Spezieskauf. Aber mit vollem Recht macht Schollmeyer[2]) darauf aufmerksam: „Was beim Spezieskauf die Regel bildet, ist beim Gattungskauf die Ausnahme". Denn regelmäßig geht beim Gattungskauf die Gefahr in dem Augenblick auf den Käufer über, in welchem er die ordnungsgemäß angebotene Sache nicht annimmt, dies ist aber nach § 243 Abs. 2 auch zugleich der Zeitpunkt der Konkretisierung der Schuld. Wenn demnach verlangt wird, daß der Mangel erst nach der Konkretisierung (also regelmäßig gleichbedeutend mit Gefahrübergang) eintritt, so hat das zur Folge, daß die §§ 459 ff. nicht in Betracht kommen, da für Mängel, die nach dem Gefahrübergange eintreten, nicht gewährleistet wird. Es kommen also dann nur eventuell die allgemeinen Vorschriften in Betracht.

Wenn jedoch Konkretisierung und Gefahrübergang ausnahmsweise nicht auf denselben Zeitpunkt fallen, was z. B. im Falle des § 296 zutrifft, dann ist die Konkurrenz der §§ 459 ff. mit den allgemeinen Vorschriften dieselbe, wie beim Spezieskaufe.

d) Nach dem Gefahrübergange entstandene Mängel.

Ist ein Mangel nach dem Gefahrübergange entstanden, so sind die Gewährleistungsansprüche der §§ 459 ff. ausge-

[1]) vgl. S. 40 der Arbeit.

[2]) Schollmeyer a. a. O. S. 118.

schlossen. Es ist aber zu untersuchen, ob § 325 Anwendung findet.

Von vornherein muß festgestellt werden, daß § 325 nicht in Betracht kommt, wenn der Verkäufer alle seine Verpflichtungen gegenüber dem Käufer erfüllt hat, so daß er seiner Gegenpartei nicht mehr als Verkäufer gegenübersteht.[1]) Hier kann nur § 823 in Frage kommen.

Beispielsweise dagegen im Falle des § 447, wo der Verkäufer bis zur Übergabe der Sache an den Käufer noch immer Eigentümer derselben bleibt, kann sich der Käufer sehr wohl auf § 325 stützen, wenn der Verkäufer der Sache auf dem Transport einen von ihm zu vertretenden Mangel beibringt.[2]) Denn hier stehen die Parteien noch im Vertragsverhältnis zueinander, da die nach § 433 erforderliche Übergabe noch nicht erfolgt ist.

§ 7.

Anfechtung des Kaufvertrages wegen Irrtums oder Betruges.

I. Eine höchst interessante und wichtige Frage ist die, ob neben den Gewährleistungsansprüchen konkurrierend auch die Vorschriften über Irrtum und Betrug Anwendung finden. Eine große Anzahl von Schriftstellern[3]) entscheidet diese Frage in negativem Sinne und mit ihnen das Reichsgericht,[4])

[1]) vgl. Windscheid-Kipp a. a. O. S. 701 § 395 Anm. I, 2e.

[2]) vgl. Oertmann a. a. O. Vorbem. zu § 459 Anm. 2bc S. 363; Windscheid-Kipp a. a. O. S. 701 § 395 Anm. I, 2e; Crome, System S. 448 Anm. 33.

[3]) Z. B. Danz a. a. O. S. 463ff.; Dernburg a. a. O. S. 72; Betzinger a. a. O. S. 276ff.; Schloßmann a. a. O., insbesondere S. 54, 58; Schneider a. a. O. S. 142ff.

[4]) RG. in Zivils. Bd. 61 S. 171ff.

während u. a. Oertmann,[1]) Planck,[2]) Windscheid-Kipp[3]) und Schefold[4]) entgegengesetzter Ansicht sind.

II. Um uns für eine der beiden Ansichten entscheiden zu können, wollen wir zunächst untersuchen, zu welchen Ergebnissen eine konkurrierende Anwendung der §§ 459 ff. und der §§ 119 ff. führt.

1. Schneider[5]) meint, es müsse auffallen, daß beide Rechtsbehelfe sich auf einen in der Hauptsache gleichen Tatbestand gründen. Dies ist nicht richtig, denn die Voraussetzungen beruhen auf ganz verschiedener Basis, so daß nicht allzuhäufig eine Konkurrenz der beiden Normenkomplexe eintreten wird.

Der Begriff „Fehler" im Sinne des § 459 geht weit über die im § 119 Abs. 2 vorausgesetzte „Eigenschaft" hinaus, denn erheblich ist nur der Irrtum über solche Eigenschaften, „die im Verkehr als wesentlich angesehen werden", d. h. also wenn sie nach allgemeiner Verkehrsanschauung, nicht etwa bloß nach dem vom Käufer vorausgesetzten Gebrauch, die Sache für das vorliegende Rechtsgeschäft zu einer andern machen, als wäre sie vom Erklärenden beim Abschluß des Rechtsgeschäfts angesehen wurde.[6])

2. Der Verkäufer haftet für Mängel der im § 459 bezeichneten Art nicht, wenn die Voraussetzungen der §§ 460, 461 vorliegen. — Ein Vergleich mit den §§ 119 ff. ergibt,

---

[1]) Oertmann a. a. O. Vorbem. zu § 459 Anm. 2 b d S. 363.

[2]) Planck a. a. O. zu § 459 Anm. 1 a S. 362.

[3]) Windscheid-Kipp a. a. O. § 395 Anm. I, 2 f u. g S. 701 ff.

[4]) Schefold a. a. O. S. 126 ff.

[5]) Schneider a. a. O. S. 145.

[6]) vgl. Endemann a. a. O. S. 349 Anm. 21; Betzinger a. a. O. S. 277.

daß dies hier grundsätzlich anders ist. Freilich ein Kennen des Mangels schließt auch die Anfechtung wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung aus, da dies ja mit den beiden Begriffen unvereinbar ist. Aber ob der Anfechtende sich in grober Fahrlässigkeit befand, kommt nicht in Betracht, das Anfechtungsrecht steht ihm trotzdem zu. Ferner enthalten die §§ 119 ff. keine dem § 461 entsprechende Vorschrift.

Beides könnte als große Ungerechtigkeit erscheinen und ist auch vielfach so aufgefaßt.[1]) M. E. ist dies jedoch nicht der Fall.

a) Denn zum Ausgleich dafür, daß der Irrende auch bei grober Fahrlässigkeit anfechten kann, muß er, mag er sich nun entschuldbar oder unentschuldbar geirrt haben, nach § 122 das negative Vertragsinteresse ersetzen, wodurch eine eventl. wirtschaftliche Ungerechtigkeit reichlich wieder aufgewogen wird.[2])

Bei der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung kommt dieser Gesichtspunkt überhaupt nicht in Betracht, da ja in diesem Falle § 460 den Verkäufer auch bei grober Fahrlässigkeit des Käufers haften läßt.

b) Was nun die „Ungerechtigkeit" betrifft, daß die §§ 119 ff. nicht entsprechend dem § 461 die Anfechtung beim Pfand-

[1]) vgl. Schneider a. a. O. S. 153 ff.; Betzinger a. a. O. S. 277; RG. in Zivilsachen Bd. 61 S. 175 ff.

[2]) Aus diesem Grunde halte ich es nicht für angebracht, wenn Windscheid-Kipp a. a. O. S. 702 § 395 Anm. I, 2 f. vermittelnd dem Käufer das Anfechtungsrecht wegen Irrtums dann versagen will, falls er den nicht arglistig verschwiegenen Fehler nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht bemerkt hat, zumal diese Ansicht mit dem Gesetz unvereinbar ist, da aus § 460 keineswegs die Absicht das Gesetz zu entnehmen ist, „daß in diesem Falle der Käufer aus dem Mangel überhaupt keine Rechte soll herleiten können".

verkaufe ausschließen, so trifft dies den Verkäufer m. E. ebenfalls nicht schwer, denn einerseits hat ja auch der Verkäufer gegebenenfalls das Anfechtungsrecht und andererseits hat er dafür nach § 122 den Anspruch auf das negative Vertragsinteresse und braucht nach § 818 das empfangene Geld nicht zu verzinsen, während er bei der Wandlungsklage jene Rechte nicht hat und zur Verzinsung des Kaufpreises auf Grund der §§ 467, 347 verpflichtet ist.

Daß ferner auch beim Pfandverkauf der Vertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten werden kann, ist nur gerecht und ein kleiner Ausgleich dafür, daß § 461 dem Käufer selbst bei arglistigem Verschweigen eines Fehlers keine Gewährleistungsansprüche gibt.[1])

3. Nach § 476 kann die Mängelhaftung vertraglich beliebig eingeschränkt oder erweitert werden.

Kann nun der Käufer, wenn durch eine solche Vereinbarung die Gewährleistung ausgeschlossen ist, doch noch den Vertrag wegen Irrtums anfechten? Dies ist nicht möglich, denn mit Rücksicht darauf, daß nach § 157 „Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern", muß in einer solchen Vereinbarung ein Verzicht des Käufers auf irgendwelche Geltendmachung von etwaigen Mängeln der Ware gesehen werden.

Da aber ein solcher Vertrag bei Arglist des Verkäufers nichtig ist, so kann auch von einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung keine Rede sein, da mit der Nichtigkeit des Vertrags die Möglichkeit einer Anfechtung desselben natürlich ausgeschlossen ist.

---

[1]) vgl. S. 24 ff. der Arbeit.

4. Die Wandlung und Anfechtung führen zu ähnlichen wirtschaftlichen Ergebnissen, da beide Aufhebung des Kaufvertrages bezwecken. Dagegen ergeben sich im einzelnen Verschiedenheiten.

a) § 465 konstruiert die Wandlung als Offerte des Käufers auf Abschließung eines Wandlungsvertrages,[1]) während die Anfechtung des Kaufvertrages durch einseitige empfangsbedürftige Erklärung des Anfechtungsberechtigten geschieht (§ 143).

Diese Verschiedenheit in der Durchführung der beiden Rechtsmittel bringt den Parteien keinerlei Nachteile, ist im Gegenteil eine Erleichterung des Verkehrs, da die schwerfällige Konstruktion des Wandlungsanspruches, vom rechtspolitischen Standpunkt betrachtet, m. E. keine Berechtigung hat, vielmehr die einseitige Erklärung bei weitem besser den Bedürfnissen des Verkehrs Rechnung trägt.

b) Durch die Ausübung der Wandlung wird der Vertrag aufgelöst, und beide Teile sind verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren (§§ 467, 346), event. dem Gegner Schadensersatz zu leisten und stets eine Geldsumme von der Zeit des Empfanges an zu verzinsen (§§ 467, 347). Nach § 142 ist der Kaufvertrag als von Anfang an nichtig anzusehen, so daß derjenige, der auf Grund des Vertrages eine Leistung empfangen hat, diese nach § 812 herausgeben muß, aber nur soweit, als er noch bereichert ist (§ 818 Abs. 3). Die Verzinsung einer Geldsumme von der Zeit des Empfanges an verlangt das Gesetz in diesem Falle nicht.

Ein Vergleich dieser Grundsätze ergibt, daß sie beim Kaufvertrage in der Praxis zu demselben Ergebnis führen.

---

[1]) vgl. S. 26 der Arbeit.

Denn wenn auch der Käufer bei der Anfechtung nur auf die Bereicherung haftet, so ist doch zu bedenken, daß er, soweit er die Ware noch in natura hat, diese herausgeben muß, andernfalls aber deren vollen Wert zu ersetzen hat, da er ja nicht verlangen kann, daß er die Ware geschenkt erhält, und somit eine Ausgabe erspart hat. Ist so der Käufer bei kumulativer Anwendung der §§ 119 ff. und §§ 459 ff. in dieser Beziehung nicht besser gestellt, so hat andererseits der Verkäufer einen Vorteil, da er bei der Anfechtung den Kaufpreis nicht zu verzinsen braucht.

5. Vor allen aber wird hervorgehoben, daß § 477 den Wandlungsanspruch bei beweglichen Sachen schon in 6 Monaten verjähren läßt, während die Anfechtung wegen Irrtums nur unverzüglich, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erhalten hat, erfolgen muß und erst ausgeschlossen ist, wenn 30 Jahre seit Abgabe der Willenserklärung verstrichen sind (§ 121).

Aber auch dieser Grund ist m. E. nicht ausschlaggebend, denn regelmäßig wird sich ein Fehler vor Ablauf von sechs Monaten zeigen. Kommt er aber erst später zum Vorschein, und hat der Käufer sich ohne jegliches Verschulden über die Eigenschaften der Ware geirrt, so kann ich es nur für gerecht halten, wenn ihm nach Verjährung des Wandlungsanspruches noch das Anfechtungsrecht zusteht, insbesondere mit Rücksicht darauf, daß es Fehler gibt, die überhaupt erst nach sechs Monaten hervortreten! Ist der Käufer freilich beim Abschluß des Kaufes grobfahrlässig gewesen, so ist zuzugeben, daß er den Vorzug, event. noch nach sechs Monaten anfechten zu können, nicht verdient. Da er ja aber den Mangel der Ware und seinen Irrtum beweisen und dem anderen Teil nach § 122 das negative Vertragsinteresse er-

setzen muß, so wird der Verkäufer regelmäßig hierdurch keinen großen Schaden erleiden. Freilich ist es möglich, daß der letztere Umstand einmal im Einzelfalle zu einem nicht befriedigenden Ergebnis führen mag.

III. Dies sind die Resultate, die sich ergeben, wenn neben den Gewährleistungsansprüchen noch die §§ 119 ff. Anwendung finden, und wir müssen zugeben, daß die beiden Normenkomplexe im Prinzip sehr gut miteinander vereinbart sind. Um so mehr aber müssen wir uns für die konkurrierende Anwendung der §§ 119 ff. entscheiden, wenn wir in Erwägung ziehen, zu welchen Konsequenzen die Gegenansicht führt.

1. Zunächst spricht der Wortlaut des Gesetzes entschieden für unsere Ansicht, denn nirgends enthält das Bürgerliche Gesetzbuch eine Bestimmung, aus der der Schluß zu ziehen ist, daß die §§ 459 ff. als lex specialis die Anfechtung wegen Irrtums ausschließen wollen. Da nun die Voraussetzungen der §§ 459 ff. und §§ 119 ff. nicht auf der gleichen Basis beruhen, so müssen die Vorschriften über die Anfechtung, da sie im allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs stehen, auch neben den Gewährleistungsansprüchen Geltung behalten.

Die Gegenansicht ist, wie Stampe[1]) mit Recht sagt, eine „richterliche Gesetzesänderung", die natürlich stets unzulässig ist, und daß gerade Stampe, der sonst die Gegenmeinung befürwortet, dies erklärt, muß uns um so mehr darin bestärken, daß wir bei unserer Auslegung das Gesetz auf unserer Seite haben.

2. Wenn aber ferner die Vorschriften über die An-

---

[1]) Stampe a. a. O. S. 1020.

fechtung wegen Irrtums nicht neben den §§ 459 ff. zur Anwendung kommen sollen, so muß man auch andererseits sorgen, daß neben den §§ 459 ff. für die Anfechtung des Kaufvertrages wegen arglistiger Täuschung kein Raum ist, da ja dann, wenn man konsequent sein will, in den §§ 459 ff. die Gewährleistung wegen arglistig verschwiegener Mängel ebenfalls ausschließlich geregelt sein muß.[1]) Da diese Schlußfolgerung aber im Interesse von Recht und Billigkeit m. E. nicht gezogen werden darf, so muß man auch dem Käufer neben den Gewährleistungsansprüchen die Anfechtung wegen Irrtums gestatten.

3. Da ferner bekanntlich eine Abgrenzung der gesetzlichen Begriffe „Geschäftsirrtum" und „Sachmangel" oft sehr schwierig ist, so bedeutet es für den Kläger häufig eine Prozeßgefahr, wenn er den Kaufvertrag anficht, da er nie wissen kann, ob nicht die Ware auch zugleich einen Sachmangel hat, so daß die §§ 459 ff. ausschließlich anwendbar sind. Daher sagt mit vollem Recht Oertmann[2]): „Die Gegenmeinung würde hier dem Käufer die Gefahr einer richtigen Beurteilung des Tatbestandes aufbürden, während nach der hier vertretenen der Käufer in allen nach § 119 überhaupt dazu geeigneten Fällen ruhig anfechten kann, ohne sich wegen der Frage, ob der Fall auch zur Wandelung geeignet wäre, den Kopf zerbrechen zu müssen."

4. Schließlich ist es auch, vom rechtspolitischen Standpunkt aus betrachtet, durchaus gerechtfertigt, daß der Käufer neben den Gewährleistungsansprüchen die Möglichkeit hat, den Kaufvertrag anzufechten, denn sonst würde der Käufer,

---

[1]) Windscheid-Kipp a. a. O. § 395 S. 701 Anm. I, 2 f.

[2]) Oertmann a. a. O. Vorbem. zu § 459 Anm. 2 b d S. 363.

der sich auf die §§ 459 ff. zu stützen nicht imstande ist, weil deren Voraussetzungen nicht vorliegen, der aber das Rechtsgeschäft anfechten kann, bisweilen besser dastehen, als der Käufer, dem die Gewährleistungsansprüche zu Gebote stehen. Das wäre aber eine Ungerechtigkeit und würde zu einem Zwiespalte in unserem Rechte führen, der durch eine kumulative Anwendung der §§ 119 ff. und §§ 459 ff. nicht eintreten kann.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.